

# Direito Civil Constitucional

**FERNANDO WHITAKER DA CUNHA**

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Na substanciosa monografia “Uma Introdução Histórica ao Direito Privado” (p. 204), Van Caenegem, Professor da Universidade de Gand, anota: “a crítica histórica mostra que, na maior parte das vezes, a evolução do direito não tem sido uma questão de qualidade (*“Qualitäts frage”*), mas, ao invés, o resultado de uma luta pelo poder entre interesses particulares, uma *“Interessenjurisprudenz”*”.

Essa inquietante observação pode ser dirigida ao Projeto de Código Civil, mesmo porque a indagação sobre se o código em vigor deveria ser atualizado, como nos parece, ou substituído por outro, não perdeu interesse.

É verdade, como ponderou Orlando Gomes, em seu penetrante estudo, a respeito das raízes sociológicas do Código Civil, que esse, em virtude das delongas a que foi submetido, surgiu desatualizado, por força das transformações econômico-sociais, às quais o Brasil não poderia ser indiferente, mas, também, é indiscutível a solidez de sua arquitetônica jurídica, embasada na didática do Código Alemão, que não seguiu a do Francês, nem foi seguido pelo Suíço e o Italiano.

O Projeto segue a metodologia do antecedente, adotando uma Parte Geral e uma Especial.

Todavia, modificou a segunda, colocando, em seqüência, o Direito das Obrigações, o Direito das Coisas, o Direito de Família e o Direito das Sucessões, na esteira do Código Alemão, quando o Código em vigor perfilha a seguinte ordem: Direito de Família, Direito das Coisas, Direito das Obrigações e Direito das Sucessões.

Com efeito, como registra Cicu, o Direito de Família, por suas coordenadas sociológicas e por sua própria substância, evoluiu tanto, que pode ser considerado como um Direito Público, justificando-se, pois, o critério do Código vigente, se bem que consideramos oportuno ser ele seguido pelo Direito das Obrigações, pela dinâmica das relações contratuais no mundo contemporâneo.

O fato de um código não prever parte geral não significa que o direito não a tenha.

Citando, em notável trabalho (“A Condição de Acadêmico”), a obra do Professor Franz Gschnitzer, da Universidade de Innsbruck, “*Algemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*” o saudoso e ilustre Alcino Pinto Falcão deixa claro que ela aborda a parte geral “do direito civil e não do código civil, por não ter o austríaco uma parte geral, nos termos do nosso e do tedesco”.

O Direito Civil Constitucional concentra-se nas regras de Direito Civil contidas na Constituição, apesar de todo direito, como é óbvio, encontrar suas fontes primordiais, sua “*tête de chapitre*”, na “Lex Magna”.

Maria Cristina de Cicco encarece a relevância “de uma renovação dos estudos privatísticos através da influência da Constituição sobre o Direito Civil, que leva a um modo novo de abordar os problemas e de raciocinar sobre a sua solução”.

Vale notar que o Direito Civil, em muitos aspectos, retoma a sua natureza romana (e, portanto, publicística), na qual era “*jus publicum stabilitum*”, mesmo porque, como frisou Hermes Lima (“Noções de Direito Civil”, p. 8), “o direito é sempre instituição social, jamais instituição privada”, não podendo o chamado direito didaticamente, rotulado de “privado”, dispensar a análise da sociedade, como um todo, em seu tecido histórico.

A Constituição tem normas inafastáveis sobre a pessoa, a família e a propriedade e, primordialmente, atua sobre o Direito Civil, cuja competência legislativa entre nós, ao contrário do México, por exemplo, é privativa da União (art. 22, I), nos artigos 1º, 5º, *caput*, e incisos XXII, XXIII, XXVII, XXVIII a XXXI e LXVII, 22, 26, 170, I e III, 182, § 2º, e 226.

Tendo a urgência das codificações surgida, a bem dizer, da experiência revolucionária francesa, apesar de honrosas exceções anteriores, como o Código Civil da Prússia, estimulado por Frederico, o Grande, cujo autor principal foi Von Cocceji, no Código Napoleão (1804), inspirou-se o Código Civil da Itália, de 1865, que coincidiu com a unidade do país e que tinha como núcleo a propriedade.

O Código de 1942, do período fascista, com algumas inovações, centrou-se na empresa e no produtivismo, encarados sob outra perspectiva pela marcante Constituição de 1948.

“Uma coisa é ler o Código naquela ótica produtivista”, assevera Pietro Perlingieri, em seu importante “*Profilli del Diritto Civile*”, que é inestimável introdução ao Direito Civil Constitucional, “outra, é relê-lo à luz de opção

ideológica jurídica constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana” (p. 4), consagrado, aliás, na Constituição Brasileira, enfatizando Canotilho a “preeminência normativa” das Cartas.

Reafirma o eminente professor das Universidades de Salerno e Camerino (p. 55): “Retorna-se às origens do direito civil como direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao Estado

Neste enfoque, não existe contraposição entre privado e público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário (deve-se assinalar que a rotulada publicização do ordenamento civil não se confunde com a real natureza dele, sem que ele deixe de ser plural e complexo, nas palavras de Junqueira de Azevedo.

A essa visão moderna do Direito Civil, que encontra guarida na Constituição Brasileira talvez não tenha sido totalmente sensível o Projeto do Código Civil (dizia, com razão, Couture que “*la redacción de un código no es una obra academica, sino una obra politica*”), apesar de seu feito globalizante do Direito Privado, o que revela influência do Código Italiano (substancialmente, houve a unificação do direito obrigacional), e de algumas valiosas inovações, como, *verbi gratia*, o enfoque da comissão, da corretagem, do direito de empresa, das sociedades, e terminando com a metafísica distinção entre negócio jurídico e ato jurídico, optando pela primeira denominação, merecendo encômios os artigos 11, que considera intransmissíveis e irrenunciáveis os direitos da personalidade, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, 1277, § 1º, que ressalta a função social da propriedade, com preservação do meio ambiente e do patrimônio histórico e artístico, no regular o poder familiar (art. 1642 e seguintes), em substituição ao pátrio poder, na redução da maioridade para 18 anos, na descon sideração da personalidade jurídica, no contemplar o direito de superfície e no diminuir as formalidades para testar.

Todavia, é exatamente em matéria de família que o Projeto não foi até onde a Constituição lhe permitia, sendo tradicionalista, em sede alimentar (art. 1706), o que é um retrocesso, em face de leis existentes, apesar de ter aberto um título para a união estável (artigos 1735 a 1739) e de aplicar a ela os impedimentos e as causas suspensivas constantes dos artigos 1520 e 1522, aplicáveis ao casamento, parecendo-nos insatisfatório, ainda, o conceito de concubinato, registrado no artigo 1739 (as relações não-eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar), porque pode haver relacionamento

não-casual ou acidental entre pessoas não impedidas de contrair matrimônio, sem que isso, necessariamente, implique em união estável. O Projeto, sem dúvida, perfilhou, na hipótese, uma conceituação acanhada, que briga com o uso social do vocábulo e até com o próprio léxico, entrando em descompasso com a realidade.

A Constituição tem como um de seus princípios fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, dentro de um padrão de dignidade humana, e essa é uma de suas bases orgânicas e sócio-culturais que não pode ser postergada.

O Projeto possui inegáveis qualidades, mas como lembra o professor e magistrado paulista, Euclides de Oliveira, em suas anotações sobre ele, “contém falhas e imperfeições que, possivelmente, venham a merecer consideração nos subseqüentes trâmites legislativos”. ♦